

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93566>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

NIJMEGEN MIGRATION LAW WORKING PAPERS SERIES



2011/05

Dana Baldinger

Bewijs door de tijd
Van voordeel van de twijfel naar
concrete bewijsregels voor de
nationale rechter

ISSN 2212-7526

Nijmegen Migration Law Working Papers Series 2011/04

Centre for Migration Law
Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Carolus Grütters
 Ashley Terlouw

Lay-out Hannie van de Put

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2011, Dana Baldinger

url: www.ru.nl/law/cmr/WorkingPapers

BEWIJS DOOR DE TIJD VAN VOORDEEL VAN DE TWIJFEL NAAR CONCRETE BEWIJSREGELS VOOR DE NATIONALE RECHTER

Dana Baldinger*

Abstract

Rules of evidence under the 1951 Refugee Convention: from benefit of the doubt to concrete rules of evidence for national asylum judges

Article 16 of the Refugee Convention requires that refugees have free access to national courts. It primarily prohibits more stringent admissibility criteria, but we may also deduce concrete rules of evidence from Article 16 when we interpret it with the aid of the concrete positions of UNHCR on issues of evidence and of judicial scrutiny in national judicial asylum proceedings. Article 16 may also be interpreted with the aid of the jurisprudence under Article 6 ECHR and Article 47 EU Charter.

National asylum courts should normally adhere to the evidentiary standards developed by UNHCR as UNHCR is the RC's international supervisor and *pacta sunt servanda*.

1. De factor tijd

De factor tijd speelt in het asielbewijsrecht op verschillende manieren een belangrijke rol. Allereerst gaat het in asielzaken over vrees voor vervolging die gebaseerd is op wat in het verleden heeft plaatsgevonden, maar die gericht moet zijn op wat in de toekomst wordt gevreesd. Iets wat nog moet plaatsvinden is per definitie lastig te bewijzen. Daarnaast spelen termijnen een belangrijke rol in asielzaken: de termijn waarbinnen de asielzoeker beroep kan instellen tegen een afwijzing van zijn asielaanvraag en termijnen waarbinnen de asielzoeker feiten en bewijs moet inbrengen. In de beroepsfase bij de rechter speelt bovendien de vraag of de risicotaxatie moet worden verricht naar het moment van het afwijzende besluit (*ex tunc*) of naar het moment van beoordeling door de rechter (*ex nunc*). Dit zijn slechts een paar voorbeelden van de manier waarop tijd van belang is in het asielbewijsrecht. Het asielbewijsrecht is in de loop van de tijd gaandeweg steeds verder tot ontwikkeling gekomen. In deze bijdrage ga ik in op de uit artikel 16 van het Vluchtelingenverdrag af te leiden bewijsregels. Achtereenvolgens zal ik stilstaan bij de toepasselijkheid

* Mr. H.J.M. Baldinger is rechter en coördinator mensenrechten in de sector bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam. Daarnaast schrijft zij een proefschrift over bewijs- en toetsingsregels in het internationale asielrecht en de betekenis daarvan voor de nationale rechter bij het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel. Kees Groenendijk, Ashley Terlouw en Karin Zwaan wil ik danken voor hun commentaar op een eerdere versie.

van artikel 16 op de huidige asielberoepsprocedure, uit artikel 16 volgende verbod op striktere ontvankelijkheidseisen en de uit deze bepaling af te leiden bewijsregels.

2. Artikel 16 Vluchtelingenverdrag: toepasselijk op asielberoeps-procedures?

De tekst van artikel 16 luidt als volgt:

Artikel 16. Rechtsingang

1. *Een vluchteling heeft het genot van rechtsingang op het grondgebied van alle Verdragsluitende Staten.*
2. *Een vluchteling geniet in de Verdragsluitende Staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, dezelfde behandeling als een onderdaan, wat betreft rechtsingang, waaronder begrepen rechtsbijstand en vrijstelling van de cautio judicatum solvi.*
3. *In andere Verdragsluitende Staten dan die waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, geniet een vluchteling, wat betreft de in lid 2 bedoelde aangelegenheden, dezelfde behandeling als een onderdaan van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.*

De Engelse tekst spreekt van 'free access to courts', de Franse van 'libre et facile accès devant les tribunaux'.¹ Over de vraag of artikel 16 van toepassing is op hedendaagse nationale asielberoepsprocedures zijn de meningen verdeeld. De tekst van artikel 16 en de *travaux préparatoires* geven geen antwoord op deze vraag.² Dit is logisch omdat ten tijde van de totstandkoming van het Vluchtelingenverdrag gerechtelijke asielprocedures zoals we die nu kennen nog niet bestonden.³ De expliciete vermelding van de vrijstelling van

-
- 1 De authentieke Engelse tekst van het Vluchtelingenverdrag is volledig opgenomen in het UNHCR *Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 1979; voor de Franse tekst heb ik de website van UNHCR geraadpleegd; de Franse tekst van het verdrag is te vinden op: <http://www.unhcr.fr/4b14f4a62.html>.
 - 2 *Travaux Préparatoires*, UN Doc. E/AC.32/2, P. Weis, *The Refugee Convention 1951, The Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge: Cambridge University Press 1995, p. 131.
 - 3 K. Zwaan, *Veilig derde land, de exceptie van het veilig derde land in het Nederlandse asielrecht*, Nijmegen: GNI 2003, p. 87-89; *Providing protection, towards fair and effective asylum procedures*, JUSTICE/ILPA/ARC research project into asylum procedures in Europe, Canada and Australia, p. 50; P. Shah et al., *The Challenge of Asylum to Legal Systems*, London: Routledge Cavendish 2005, p. 2.

*cautio judicatum solvi*⁴ in het tweede lid, en ook de voorbeelden van gerechtelijke procedures in de *travaux préparatoires* (chtscheidingen, acties gericht op het terugkrijgen van schulden) wijzen erop dat de verdragsopstellers vooral civiele procedures op het oog hebben gehad.⁵ In de literatuur worden verschillende standpunten verdedigd. Grahl-Madsen (1972) en Swart (1987) gaan niet expliciet in op de vraag of artikel 16 van toepassing is op asielberoepsprocedures.⁶ Fernhout (1990), Spijkerboer en Vermeulen (1995), Boeles (1997), Hathaway (2005) en Wouters (2009) verdedigen het standpunt dat artikel 16 van toepassing is op gerechtelijke asielprocedures.⁷ Boeles onderbouwt dit standpunt door te wijzen op het beginsel van effectiviteit en de plaats van artikel 16 in Hoofdstuk II van het Vluchtelingenverdrag, getiteld 'juridische status'. Een beroepsprocedure bij de rechter over statusdeterminatie gaat over 'juridische status' en dus is het logisch om artikel 16 op deze procedure van toepassing te achten. Zowel Boeles als Fernhout wijst ook op nationale Nederlandse en Belgische jurisprudentie waarin artikel 16 van toepassing is geacht op asielberoepsprocedures (waarover hieronder meer). Battjes (2006) neemt het tegenovergestelde standpunt in: omdat artikel 16 alleen spreekt van toegang tot de rechter en verder zwijgt over het type procedure en het soort geschil neemt Battjes aan dat deze bepaling geen betekenis heeft voor gerechtelijke asielprocedures.⁸ Het *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (1979, hierna: UNHCR-Handboek) verdui-

4 'Cautio judicatum solvi' is een borgsom die in civiele procedures gestort dient te worden door vreemdelingen ter garantie van betaling van de proceskosten van de wederpartij in het geval de vreemdeling verliest.

5 UN Doc. E/AC.32/SR.11, onder 7 en UN Doc. A/CONF.2/SR.8, onder 12.

6 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33-35. Grahl-Madsen gaat hier in op de historische achtergrond van artikel 16. Het tweede deel van zijn werk bevat weliswaar enkele korte passages over procedurele aspecten maar bevat geen commentaar op artikel 16. A.H.J. Swart, 'Mensenrechten en de Nederlandse asielprocedure', in: Th.C. van Boven, *Asielzoekers en mensenrechten*, Leiden: NJCM-boekerij 1987, p. 20-47. Swart gaat niet expliciet in op artikel 16.

7 R. Fernhout, *Erkenning en toelating als vluchteling in Nederland*, Deventer: Kluwer 1990, p. 192 en p. 234-240; T.P. Spijkerboer & B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 379-384; P. Boeles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1997, p. 71-77; J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 644-647; C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 174.

8 H. Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006, p. 319.

delijkt niet of UNHCR artikel 16 al dan niet van toepassing acht op hedendaagse nationale asielberoepsprocedures. Paragraaf 12(ii) vermeldt dat ‘the provisions of the Refugee Convention (...) that define the legal status of refugees (...) have no influence on the process of determination of refugee status (...)’. Of hiermee alleen het bestuurlijke besluitvormingsproces wordt bedoeld of mede de procedure bij de rechter is niet duidelijk.

Met de meerderheid van de genoemde auteurs acht ik het logischer om artikel 16 van toepassing te achten op hedendaagse asielberoepsprocedures bij de rechter. De argumentatie van Battjes om artikel 16 niet van toepassing te achten overtuigt mij niet. Battjes zegt in feite dat artikel 16 niet van toepassing is op niet expliciet genoemde soorten procedures en geschillen. Nu de tekst van artikel 16 in het geheel geen voorbeelden geeft van soorten gerechtelijke procedures en geschillen zou artikel 16 dan dus nimmer van toepassing zijn en zou dit een zinledige bepaling worden. Het argument van Boeles van de plaats van artikel 16 in het verdrag is overtuigend, maar er zijn ook nog een aantal andere argumenten die pleiten voor het aannemen van toepasselijkheid. Allereerst is de vaststelling van vluchtelingschap declaratoir en niet constitutief.⁹ Daarnaast zijn multilaterale verdragen doorgaans bedoeld voor lange tijd, zodat het niet voor de hand ligt om bij de interpretatie strikt vast te houden aan alleen de omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van de totstandkoming. Vooral mensenrechtenverdragen zijn ‘living instruments’ die geïnterpreteerd moeten worden in het licht van hedendaagse omstandigheden.¹⁰ Ook artikel 31(3) van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (Weens Verdragenverdrag, 1969)¹¹ biedt steun voor een dynamische interpretatie; in die bepaling worden afspraken en de praktijk die na verdragssluiting tot stand zijn gekomen als instrument van verdragsinterpretatie genoemd. Ook het Internationaal Gerechtshof interpreteert verdragsbepalingen dynamisch.¹² Het

⁹ UNHCR Handboek, par. 28.

¹⁰ De ‘living instrument’-gedachte is met name terug te vinden in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), zie bijvoorbeeld *Selmouni v. France*, 28 juli 1999, Application no. 25803/94, par. 101), maar is ook verwoord in de Views van het Mensenrechtencomité onder het IVBPR, bijvoorbeeld in *Judge v. Canada*, 13 augustus 2003, Communication no. 829/1998, par. 10.3, laatste zin.

¹¹ Artikel 31(3) van het Weens Verdragenverdrag luidt: ‘Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met: a) iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen; b) ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan; c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.’

¹² Internationaal Gerechtshof, *Legal consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), 21 June 1971, p. 16, par. 53. Het Internationaal Ge-

is tot slot een algemeen geaccepteerd principe van interpretatie dat mensenrechten ruimhartig dienen te worden geïnterpreteerd.¹³

3. Artikel 16 Vluchtelingenverdrag: verbod op striktere ontvankelijkheidsvereisten

Uit de tekst van artikel 16, de *travaux préparatoires*, al wat oudere nationale rechtspraak en de literatuur volgt dat artikel 16 allereerst een non-discriminatiebepaling is. De bepaling vormt een instrument om grenzen te stellen aan de in veel landen in de 19^e en begin 20^e eeuw gehanteerde praktijk om vreemdelingen geheel van toegang tot de rechter en daarmee rechtsbescherming door de rechter uit te sluiten.¹⁴ Artikel 16 verbiedt aldus dat voor vluchtelingen extra, of striktere, ontvankelijkheidseisen worden opgeworpen die niet gelden voor eigen onderdanen in bestuursrechtelijke procedures. Nog onder de wet AROB¹⁵ heeft de Raad van State in verschillende uitspraken uit artikel 16 afgeleid dat in Nederland verblijvende vluchtelingen op dezelfde wijze als Nederlanders beroep bij de Raad van State moeten kunnen instellen. Zo oordeelde de Raad in een uitspraak van 10 april 1979 dat artikel 34, sub b, van de oude Vreemdelingenwet in strijd is met artikel 16 Vluchtelingenverdrag. Volgens deze nationale bepaling kon tegen een negatieve beslissing op een asielverzoek alleen worden opgekomen bij de Raad van State wanneer de vluchteling op de datum van de beslissing van het bestuursorgaan gedurende een jaar zijn normale verblijfplaats had gehad in Nederland. Deze voorwaarde gold niet voor personen die onder de wet AROB beroep instelden bij de Raad van State tegen andere beslissingen.¹⁶ Grahl-Madsen (1972), Boeles (1997) en Hathaway (2005) lezen artikel 16 op dezelfde manier: volgens hen

rechtshof maakt hier duidelijk dat een internationaal verdrag moet worden geïnterpreteerd en toegepast met inachtneming van het gehele rechtssysteem zoals dat bestaat ten tijde van de interpretatie.

- 13 C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 13.
- 14 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33-35; J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 644-647.
- 15 Wet van 1 mei 1975, Stb. 284, houdende regels betreffende beroep op de Raad van State tegen overheidsbeschikkingen.
- 16 Uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 10 april 1979, RV 1979, nr. 3; uitspraken met dezelfde strekking zijn die van 20 december 1977, RV 1977; 13 juli 1979, RV 1979, nr. 9; en 20 december 1979, RV 1979, no. 13. Een klein verschil is dat in de uitspraak van 20 december 1977 de Raad van State de nationale bepaling impliciet in strijd heeft geacht met artikel 16, eerste lid, terwijl in de latere uitspraken van 1979 expliciet is geoordeeld dat de nationale bepaling strijdig is met artikel 16(2).

is deze bepaling er met name op gericht te waarborgen dat het recht op toegang tot de rechter voor eigen onderdanen ook werkt voor vluchtelingen. Zowel Grahl-Madsen als Hathaway benadrukken hierbij dat artikel 16 ertoe verplicht met name voor vluchtelingen geldende barrières weg te nemen zodat er daadwerkelijk toegang tot de rechter is. Zij noemen als voorbeelden financiële barrières of problemen bij het verkrijgen van rechtsbijstand. Grahl-Madsen wijst er nog op dat artikel 16 gezien moet worden in samenhang met artikel 29, waarin staat dat de Verdragsluitende Staten vluchtelingen niet zullen onderwerpen aan andere of hogere rechten, heffingen of belastingen dan die welke worden of kunnen worden geheven ten aanzien van hun onderdanen in soortgelijke omstandigheden.¹⁷

Kortere beroepstermijnen in asielzaken in vergelijking tot andere bestuursrechtelijke geschillen zijn op grond van het voorgaande in strijd met artikel 16 Vluchtelingenverdrag. Kortere termijnen zijn in wezen immers niets anders dan striktere ontvankelijkheidsvoorwaarden. Kortere beroepstermijnen in asielzaken gelden niet alleen in Nederland, maar ook in een aantal andere EU landen, waaronder Frankrijk, Duitsland, Tsjechië, Slovenië.¹⁸ De Procedurerichtlijn 2005/85/EG laat in artikel 39, tweede lid, het vaststellen van beroepstermijnen over aan de lidstaten. Deze bepaling geeft de lidstaten echter niet de vrijheid om kortere beroepstermijnen voor asielzaken vast te stellen nu op grond van artikel 78 van het EU-Werkingsverdrag het Europese asielrecht in overeenstemming dient te zijn met het Vluchtelingenverdrag en in de preambule (onderdeel 2) van de Procedurerichtlijn is bepaald dat het asielstelsel van de EU gebaseerd is op de volledige en niet-restrictieve toepassing van het Vluchtelingenverdrag.

17 A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33; P. Boeles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1997, p. 71-77, 80-81; J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 906-913.

18 Informatie over beroepstermijnen in andere landen heb ik opgevraagd bij mijn collega's binnen de International Association of Refugee Law Judges (IARLJ). In Frankrijk is de algemene beroepstermijn in bestuursrechtelijke zaken twee maanden, terwijl de termijn in asielzaken slechts een maand bedraagt (artikel R421-I Code de Justice Administrative en L731-2 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). In Duitsland is de algemene beroepstermijn een maand, terwijl deze in asielzaken slechts twee weken bedraagt (section 74, par. 1 van de Code of Administrative Law Procedure, Section 74, para. 1 of the Asylum Procedure Act.) In Tsjechië is de beroepstermijn in bestuursrechtelijke zaken twee maanden, terwijl in asielzaken de termijn vijftien dagen of zeven dagen is (artikel 72, par. 1 Act No. 150/2002, Code of Administrative Justice, artikel 32, par. 1, Asylum Act No. 325/1999 and Article 32, para. 2 of this same Act.) In Slovenië is de beroepstermijn in bestuursrechtelijke zaken 30 dagen, terwijl in asielzaken in termijn van vijftien dagen in normale procedures en drie dagen in versnelde procedures geldt (artikel 28 Administrative Dispute Act, artikel 74/2 International Protection Act, artikel 74/2 en 3 International Protection Act).

4. Artikel 16 Vluchtelingenverdrag: naar concrete bewijs- en toetsingsrichtlijnen

Artikel 16 is echter meer dan alleen een verbod op striktere ontvankelijkheidseisen. Het recht op toegang tot de rechter omvat niet alleen het recht om in het gerechtsgebouw binnen te komen, maar ook het recht op rechtsbescherming door de rechter. Dit volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op toegang tot de rechter (waarover hierna meer), maar kan ook worden afgeleid uit de omstandigheid dat het - in hetzelfde tijdperk tot stand gekomen - Europees Vestigingsverdrag (EVV, 1955) in de artikelen 7, 8 en 9 vergelijkbare regels over toegang tot de rechter bevat en in artikel 7 van dit verdrag expliciet wordt gesproken over 'rechtsbescherming'.¹⁹

Uit artikel 16 kunnen concrete bewijs- en toetsingsrichtlijnen worden afgeleid wanneer we deze bepaling interpreteren met behulp van de standpunten van de United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) over bewijs en rechterlijke beoordeling van asielzaken. Ook kan bij de interpretatie van artikel 16 Vluchtelingenverdrag gebruik worden gemaakt van de onder artikel 6 van het EVRM (recht op een eerlijk proces) ontwikkelde jurisprudentie over toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Gekeken kan tevens worden naar artikel 47 van het EU Handvest van de grondrechten (recht op een eerlijk proces en recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Hierna ga ik op deze bronnen van interpretatie nader in.

4.1 Interpretatie van artikel 16 met behulp van de standpunten van UNHCR

Het Vluchtelingenverdrag voorziet niet in de oprichting van een eigen toezichthoudend gerecht of comité waarbij individuele klachten aanhangig kunnen worden gemaakt. Het verdrag wijst echter wel UNHCR aan als de organisatie die toezicht houdt op de toepassing ervan door de verdragspartijen.²⁰ De preambule bij het verdrag vermeldt dat:

'de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen belast is met het toezicht op de toepassing van internationale verdragen welke voorzien in de bescherming van vluchtelingen (...).'

En artikel 35, eerste lid, bepaalt:

¹⁹ In zijn bespreking van artikel 16 noemt Grahl-Madsen deze bepalingen van het Europees Vestigingsverdrag eveneens. Zie A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33-35.

²⁰ UNHCR is opgericht in 1949 door de Algemene Vergadering van de VN: UN GA res. 319 (IV), 3 december 1949.

‘de Verdragsluitende Staten verbinden zich om met het Bureau van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Vluchtelingen (...) samen te werken in de uitoefening van zijn functie en zullen in het bijzonder zijn taak om toe te zien op de toepassing van de bepalingen van dit Verdrag vergemakkelijken.’²¹

UNHCR's toezichthoudende rol wordt opnieuw bevestigd in een aantal instrumenten die tot stand zijn gebracht in het kader van het Gemeenschappelijke Europese Asiel Systeem (GEAS) van de EU.²² Het Vluchtelingenverdrag geeft UNHCR niet de bevoegdheid om bindende beslissingen te nemen over de interpretatie van de bepalingen van het verdrag. Evenmin creëert het Vluchtelingenverdrag een mechanisme waarmee UNHCR de nakoming van het verdrag kan afdwingen. In de literatuur wordt dan ook verschillend gedacht over het juridische gewicht dat toekomt aan de standpunten van UNHCR. Battjes (2006), die op zijn beurt verwijst naar Spijkerboer en Vermeulen (2005), ziet UNHCR standpunten als aanvullend interpretatiemiddel, waarvan het gewicht afhangt van de kwaliteit van de erin gebezigde argumentatie.²³ Wouters (2009) onderkent het probleem dat een mechanisme waarmee nakoming kan worden afgedwongen ontbreekt, maar kwalificeert de standpunten van UNHCR niettemin als zeer gezaghebbend.²⁴ Nu het Vluchtelingenverdrag en het GEAS UNHCR als toezichthouder aanwijzen, en ook het EHRM bijzonder veel gewicht toekent aan UNHCR's visie,²⁵ onderschrijf ik Wouters' zienswijze. De

-
- 21 De toezichthoudende taak van UNHCR is ook expliciet verwoord in artikel II(1) van het Protocol betreffende de status van vluchtelingen van New York van 31 januari 1967 alsmede in Article 8 of the UNHCR Statute. Voor een uitvoeriger beschrijving van de superviserende rol van UNHCR verwijs ik naar K. Zwaan, *UNHCR and the European Asylum Law*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 4-8.
 - 22 Bijvoorbeeld in de Procedurerichtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005, artikel 21; zie ook K. Zwaan, *UNHCR and the European Asylum Law*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 13-20.
 - 23 H. Battjes, *European Asylum Law And International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006, p. 20.
 - 24 C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 38.
 - 25 Het EHRM beschouwt UNHCR als een organisatie wier onafhankelijkheid, betrouwbaarheid en objectiviteit buiten twiifel zijn, met name omdat UNHCR direct toegang heeft tot de autoriteiten in herkomstlanden en omdat UNHCR onderzoek ter plaatse kan verrichten op een wijze die niet is weggelegd voor staten en non-gouvernementele organisaties. Zie bijvoorbeeld ontvankelijkheidsbeslissing *K.R.S. v. UK* van 2 december 2008, Appl. no. 32733/08, p. 16. Zie ook het arrest *Jabari v. Turkey*, 11 juli 2000, Appl. no. 40035/98, par. 41.

ationale rechter zal standpunten van UNHCR dan ook normaliter dienen te volgen op grond van het beginsel dat verdragen te goeder trouw dienen te worden nagekomen.²⁶ In ieder geval zal de nationale rechter een afwijking van een standpunt ingenomen door UNHCR expliciet en deugdelijk moeten motiveren; terzijde schuiven vanwege het niet bindende karakter volstaat gelet hierop niet.

Het UNHCR Handboek en vele andere UNHCR documenten bevatten richtlijnen voor de beoordeling van asielverzoeken.²⁷ Deze richtlijnen omvatten ook concrete bewijsregels. Het Handboek vermeldt dat deze richtlijnen bedoeld zijn 'for the guidance of government officials concerned with the determination of refugee status'.²⁸ Wanneer we dit lezen in samenhang met artikel 21, eerste lid, sub c, van de Procedurerichtlijn 2005/85/EG, dat bepaalt dat UNHCR het recht heeft om bij de uitoefening van zijn toezichthoudende taak in het kader van artikel 35 Vluchtelingenverdrag in elke fase van de procedure aan de bevoegde autoriteiten zijn zienswijze te geven in verband met individuele asielverzoeken, dan kunnen we aannemen dat de richtlijnen van UNHCR zich niet alleen richten tot bestuurlijke beslisambtenaren, maar ook tot de rechterlijke macht. UNHCR heeft concrete richtlijnen ontwikkeld voor vrijwel alle bewijsaspecten die in mijn onderzoek centraal staan. Deze richtlijnen worden hierna per aspect besproken.

- Bewijsstandaard: welke standaard of criterium wordt gebruikt om te bepalen of er een risico op *refoulement* bestaat?

Er moet in redelijke mate (*to a reasonable degree*) kunnen worden vastgesteld dat er een risico is op vervolging vanwege een vervolgingsgrond.²⁹ In de 'Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims'³⁰ is verder verduidelijkt dat het bij statusdeterminatie niet gaat om zekerheid, maar om waarschijnlijkheid. Het hoeft niet buiten twijfel te zijn dat vervolging dreigt, het is voldoende dat vervolging redelijkerwijs mogelijk is (*reasonably possible*).³¹

26 Artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag (*pacta sunt servanda*).

27 Wouters 2009 geeft op p. 601-605 een lijst van UNHCR documenten die relevant zijn voor de interpretatie van de bepalingen van het Vluchtelingenverdrag.

28 UNHCR Handboek, 'Voorwoord', par. VII.

29 UNHCR Handboek par. 42 en 51; C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 93, p.549: er moet een serieuze mogelijkheid van vervolging vanwege een vervolgingsgrond zijn.

30 Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, <http://www.unhcr.org/ref-world/docid/3ae6b3338.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2011].

31 Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, par. 2 en 17.

- Bewijslast: wie moet bewijzen dat aan dit criterium is voldaan?

De relevante feiten moeten volgens UNHCR in eerste instantie worden aangedragen door de aanvrager, de asielzoeker dus. De plicht om alle relevante feiten vast te stellen en te waarderen is echter een gedeelde verantwoordelijkheid van aanvrager en de beoordelaar en in sommige zaken is het zelfs zo dat de beoordelaar alle hem ter beschikking staande middelen moet gebruiken om het benodigde bewijs bij te brengen.³² Dit betekent dat in sommige gevallen de bestuurlijke beoordelaar of de asielrechter actief op zoek zal moeten gaan naar bewijs. Hierbij moet vooral gedacht worden aan situaties waarin er niet veel openbare informatie over het land van herkomst is.³³ De aanvrager heeft niet de bewijslast wat betreft de redenen van vervolging; het is aan de beoordelaar om vast te stellen wat de redenen van vervolging zijn en te bezien of die overeenkomen met de in het verdrag genoemde vervolgingsgronden.³⁴

- Relevante feiten en omstandigheden: wat voor soort feiten en omstandigheden zijn nodig om te concluderen dat er een risico op *refoulement* bestaat?

Relevant zijn enerzijds persoonlijke omstandigheden en anderzijds de situatie in het land van herkomst. Voorbeelden van belangrijke persoonlijke omstandigheden zijn eerdere vervolging of andere vormen van slechte behandeling, vervolging van familieleden, vrienden en mensen die in dezelfde omstandigheden verkeren als de aanvrager, het hebben en uiten van kritische meningen die niet getolereerd worden door de autoriteiten, illegaal vertrek uit het land van herkomst of illegaal verblijf in een ander land, dienstplichtontduiking of desertie op grond van oprechte politieke, religieuze of morele overtuiging, contact met erkende vluchtelingen in het land waar asiel is gevraagd, het uiten van politieke opvattingen in het land waar asiel is verzocht, alsmede of de autoriteiten

32 UNHCR Handboek par. 195, 196; Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, par. 6. Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 19. De zaak is geëindigd met het arrest van het EHRM van 31 januari 2008, Appl. no. 31252/03, waarbij de zaak van rol is geschrapt. De Zienswijze van UNHCR is te vinden op: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/454f5e484.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2011].

33 J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 72.

34 UNHCR Handboek par. 66, 67; C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 97.

van het eigen land hiervan op de hoogte zijn geraakt.³⁵ Ook van belang zijn omstandigheden zoals arrestatie(s) en detentie, strafrechtelijke beschuldigingen, mogelijkheden van communicatie met advocaten en, meer in het algemeen, ervaringen die een persoon bekend of kwetsbaar maken.³⁶

De verklaringen van de aanvrager moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de situatie in het land van herkomst.³⁷ Relevante omstandigheden zijn bijvoorbeeld of het land van herkomst partij is bij internationale mensenrechtenverdragen en of mensenrechten in het algemeen al dan niet worden gerespecteerd, wetgeving in het land van herkomst die strafrechtelijke vervolging mogelijk maakt vanwege een vervolgingsgrond, wetgeving die bestraffing mogelijk maakt wegens illegaal vertrek uit het land van herkomst of wegens illegaal verblijf in een ander land, onevenredig zware bestraffing van desertie of dienstplichtontduiking vanwege een vervolgingsgrond, ernstige discriminatie (op grond van bijvoorbeeld ras of godsdienst), het ontbreken van bescherming door de autoriteiten in geval van vervolging door de lokale bevolking, het bestaan of juist ontbreken van een gebied dat als binnenlands beschermingsalternatief kan gelden.³⁸

De persoonlijke feiten en omstandigheden en de omstandigheden betreffende het land van herkomst moeten altijd in onderlinge samenhang worden gezien. Het is niet toegestaan om feiten en omstandigheden geïsoleerd van elkaar te beoordelen. Denkbaar is dat bepaalde geïsoleerde feiten onvoldoende zijn om een *refoulement* risico aan te nemen, terwijl alle feiten en omstandigheden tezamen wel een toereikende basis bieden voor die conclusie.³⁹

- Geloofwaardigheidsbeoordeling: wat maakt de verklaringen van de asielzoeker (on)geloofwaardig?

Algemene ofwel globale geloofwaardigheid (general credibility) volstaat. Niet het hele vluchtverhaal tot in al zijn details hoeft geloofwaardig te zijn, maar het verhaal moet wel in grote lijnen geloofwaardig zijn, wat betekent dat het samenhangend en plausibel dient te zijn en dat het niet indruist tegen algemeen bekende feiten. Wanneer het vluchtverhaal op hoofdlijnen coherent en

35 UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims par. 19, UNHCR Handboek, par. 41, 43, 45, 80-82, 96, 169.

36 C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 547.

37 UNHCR Handboek par. 42.

38 UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims par. 19. UNHCR Handboek par. 43, 54, 55, 57, 61, 65, 68, 72, 74, 97-100, 169.

39 J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 123, p. 138; UNHCR Handboek par. 43, 55.

plausibel is, dan kan een zekere twijfel over bepaalde elementen ervan het verzoek niet in diskrediet brengen. In dat geval moet de asielzoeker het voordeel van de twijfel krijgen. Het UNHCR Handboek onderstreept dat het vanwege de moeilijke bewijspositie van de asielzoeker dikwijls nodig zal zijn om de asielzoeker het voordeel van de twijfel te geven.⁴⁰

Bij de beoordeling van de geloofwaardigheid dient er ook rekening mee te worden gehouden dat asielzoekers mogelijk vanwege ervaringen in het land van herkomst huiverig zijn om vrijuit, volledig en nauwkeurig de vluchtedenen te presenteren ten overstaan van de autoriteiten in het land waar asiel wordt verzocht. Door meegemaakte omstandigheden of door het verstrijken van tijd kunnen feitelijke details uit de herinnering van de aanvrager zijn weggevaagd. Onvermogen om alle relevante data of andere kleine details te reproduceren, kleine tegenstrijdigheden, vaagheden en onjuiste verklaringen mogen wel in aanmerking worden genomen bij beoordeling van de geloofwaardigheid, maar mogen niet gebruikt worden als beslissende factoren om een aanvraag als ongeloofwaardig af te wijzen.⁴¹

Afwezigheid van ondersteunend bewijs maakt nog niet automatisch dat daarom de verklaringen van de asielzoeker ongeloofwaardig zijn. Er zijn vaak valide redenen voor het ontbreken van bewijs; mensen kunnen zich gedwongen zien om zonder documenten het land te verlaten of worden gedwongen om de identiteit van reisagenten geheim te houden.

In de Zienswijze in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland* (2005)⁴² heeft UNHCR duidelijk gemaakt dat het niet geoorloofd is om een strengere geloofwaardigheidsmaatstaf te hanteren in zaken waarin ondersteunend bewijs geheel ontbreekt. UNHCR heeft zich hierbij kritisch uitgelaten over de Nederlandse jurisprudentie en beslispraktijk, waarin een strikter geloofwaardigheidscriterium is ontwikkeld dan het criterium van de *general credibility*, namelijk het criterium van de positieve overtuigingskracht, voor zaken waarin bewijsmateriaal toerekenbaar ontbreekt. Volgens deze jurisprudentie en praktijk dient er bewijsmateriaal te worden overgelegd ter staving van identiteit, nationaliteit, reisroute en de redenen voor de vlucht. Wanneer bewijs ter staving van één van deze vier aspecten ontbreekt en dit de asielzoeker kan worden toegerekend (wat bijna altijd zo is), dan geldt de asielzoeker als volledig do-

40 UNHCR Handboek par. 197, 203, 204; UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, par. 11, 12.

41 UNHCR Handboek par. 198; Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, par. 9; Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 21.

42 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*. De zaak is geëindigd met het arrest van het EHRM van 31 januari 2008, Appl. no. 31252/03, waarbij de zaak van de rol is geschrapt. De Zienswijze is te vinden op: <http://www.unhcr.org/ref-world/docid/454f5e484.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2011].

cumentloos oftewel wordt de aanvraag beschouwd als een aanvraag waarbij ieder bewijs ontbreekt, zelfs al heeft de asielzoeker ter staving van de andere drie aspecten grote hoeveelheden bewijsmateriaal aangedragen. In dat geval wordt de striktere geloofwaardigheidsmaatstaf aangelegd die inhoudt dat in de verklaringen geen hiaten, vaagheden, ongerijmde wendingen of tegenstrijdigheden mogen voorkomen op het niveau van de relevante bijzonderheden en dat van de verklaringen positieve overtuigingskracht moet uitgaan. UNHCR heeft in de Zienswijze in de zaak *Mir Isfahani tegen Nederland* duidelijk gemaakt hierover ernstig verontrust te zijn om twee redenen. Allereerst omdat er te veel ondersteunend bewijs wordt verlangd van de asielzoeker. Het vereiste dat elk van de vier aspecten nationaliteit, identiteit, reisroute en vluchtedenen ondersteund moet zijn met bewijs houdt onvoldoende rekening met de bijzondere situatie waarin asielzoekers zich niet zelden bevinden. Ten tweede omdat het hanteren van een striktere geloofwaardigheidsmaatstaf vanwege het ontbreken van bewijs niet geoorloofd is. Er mag maar één geloofwaardigheidsmaatstaf gehanteerd worden en dat is de maatstaf van de geloofwaardigheid op hoofdlijnen (*general credibility*). UNHCR benadrukt hierbij dat het ontbreken van bewijs op zichzelf niet wijst op misbruik en dat veel asielzoekers zeer valide redenen hebben voor het ontbreken van bewijs.⁴³

- Rechterlijke beoordeling van de geloofwaardigheid: vormt de rechter zich een eigen en zelfstandig oordeel over de geloofwaardigheid?

Nationale asielrechters dienen volgens UNHCR in staat te zijn om een persoonlijke indruk van de aanvrager te krijgen en de beoordeling van de asielzaak door de rechter dient zowel feitelijke vragen als rechtsvragen te omvatten.⁴⁴

43 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 25-27. In de Zienswijze wordt verwezen naar een aantal uitspraken van de Raad van State waarin deze striktere geloofwaardigheidsmaatstaf is toegepast, onder andere die van 27 januari 2003, 200206297/1, JV 2003/103 en 11 augustus 2003, 200304080/1, JV 2003/441. Op het moment van afronding van deze bijdrage is het hier gehanteerde geloofwaardigheids criterium in zaken waarin is geconcludeerd tot toerekenbare documentloosheid, nog steeds de vigerende lijn.

44 Dit standpunt is verwoord in de volgende documenten: UNHCR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, 31 mei 2001, EC/GC/01/12, www.unhcr.org/refworld/docid/3b36f2fca.html, par. 41 en par. 43; Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 31-42; www.unhcr.org/refworld/docid/454f5e484.html, rapport van juli 2003, *Implementation of the Aliens Act 2000 in the Netherlands, UNHCR's Observations and Recommendations*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/410f83f44.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2010]; UNHCR Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures, issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union from the Luxembourg Administrative Tribunal regarding the interpretation of Article 39, Asylum Procedures Directive, and Articles 6 and 13 ECHR, par. 20, 21, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bf67fa12>.

UNHCR acht het voorts noodzakelijk dat nationale rechters onafhankelijk en zelfstandig beoordelen of de verklaringen van de asielzoeker al dan niet geloofwaardig zijn. Met name in de Zienswijze in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland* (2005) heeft UNHCR benadrukt dat, omdat de gevolgen van een onjuiste beslissing zo ernstig kunnen zijn, het van essentieel belang is dat er daadwerkelijk door de rechter een beoordeling van betekenis wordt verricht. UNHCR maakt hierbij duidelijk dat zij hiermee een volledige nieuwe beoordeling van de zaak in beroep bedoelt. UNHCR bekritiseert de terughoudende beoordeling die de Nederlandse eerste lijnsasielrechter op grond van de jurisprudentie van de Raad van State dient te maken van de geloofwaardigheid van de door de asielzoeker gestelde, in het verleden voorgevallen, feiten.⁴⁵

- Soorten en bronnen van bewijs: wat voor soort bewijs kan er worden ingebracht ter staving van het beschermingsverzoek of het standpunt dat bescherming niet nodig is?
- Bewijswaardering: hoe worden verschillende soorten bewijs gewogen en gewaardeerd? Bestaat er een bronnenhiërarchie?

Volgens UNHCR moet de asielzoeker 'al het beschikbare bewijs' overleggen. Het Handbook zegt dat de aanvrager zich moet inspannen om zijn verklaringen te staven met ieder beschikbaar bewijs en dat hij een bevredigende verklaring moet geven voor het ontbreken van bewijs.⁴⁶ Verder heeft UNHCR tot op heden – voor zover ik heb kunnen traceren – geen verdere concrete richtlijnen ontwikkeld over de bewijskracht (bewijswaarde) van soorten en bronnen van bewijs. Wel kunnen uit de door mij onderzochte UNHCR documenten nog de volgende globale handvatten voor bewijstoelating en bewijswaardering worden afgeleid. De Zienswijze in de zaak *Mir Isfahani tegen Nederland* noemt als voorbeelden van soorten bewijs schriftelijke documentatie en getuigenverklaringen.⁴⁷ Het open criterium dat ieder voorhanden zijnde bewijs dient te worden ingebracht duidt erop dat UNHCR een vrije bewijsleer voorstaat; be-

html [laatstelijk ingezien op 28 april 2011]; Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status of 10 February 2005, p. 50, www.unhcr.org/refworld/docid/42492b302.html; UNHCR, *Statement on Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview of Applicable International Standards* of 2 September 2005, p. 4, www.unhcr.org/refworld/docid/432ae9204.html; UNHCR, *Comments on the European Commission's Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing International Protection* (COM(2009)554, 21 October 2009), p. 40, 41, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63ebd32.pdf>.

45 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 32.

46 UNHCR Handboek, par. 205.

47 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 19.

wijs hoeft dus niet per sé een bepaalde vorm te hebben om te kunnen worden toegelaten. Schriftelijk maar ook mondeling bewijs (getuigenverklaringen, verklaringen van deskundigen ter zitting) moet worden toegelaten en materieel worden gezien en op bewijskracht worden beoordeeld. Bij bewijs in de vorm van documenten kan gedacht worden aan identiteits- en nationaliteitsondersteunende documenten en stukken ter staving van het vluchtrelaas (arrestatiebevelen, medische rapporten ter onderbouwing van gestelde marteling in het verleden, brieven van politieke organisaties die lidmaatschap bevestigen).⁴⁸ Ieder document dat wordt overgelegd ter onderbouwing van verklaringen dient serieus te worden onderzocht en beoordeeld. Wanneer duidelijk is of wordt dat een overgelegd document niet authentiek of vervalst is dan mag het op die grond terzijde worden geschoven.⁴⁹

Naast individueel bewijs speelt informatie over de situatie in het land van herkomst uiteraard een belangrijke rol, wat logischerwijze volgt uit het principe dat het asielrelaas moet worden gezien tegen de achtergrond van, en in de context van de situatie in het land van herkomst.⁵⁰ Rapporten over die situatie vormen dus belangrijke bewijsmiddelen. In haar standpunten ingebracht in lopende rechtszaken verwijst UNHCR naar landeninformatie uit verschillende bronnen, waarbij opvalt dat met name wordt verwezen naar rapporten van andere VN-organen en organisaties (inclusief UNHCR zelf), Amnesty International en landenrapporten van ministeries van buitenlandse zaken.⁵¹

- Hoeveelheid benodigd bewijs: hoeveel bewijs moet de asielzoeker ter staving van zijn verklaringen inbrengen?

UNHCR benadrukt dat vluchtelingenzaken duidelijk moeten worden onderscheiden van strafzaken en civiele zaken waar het gaat om eisen aan bewijs. Omdat asielzoekers in een bijzondere en moeilijke bewijspositie verkeren mag er ook niet te veel bewijs worden verlangd en mag er bijvoorbeeld niet worden verlangd dat iedere afzonderlijke verklaring van de asielzoeker met bewijs is of wordt onderbouwd. Ook hier moet worden vermeld dat het UNHCR Handboek onderstreept dat het dikwijls nodig zal zijn om de asielzoeker het voordeel van de twijfel te geven.⁵² Er dient voortdurend rekening mee te wor-

48 De voorbeelden zijn ontleend aan J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990.

49 J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 261-269.

50 UNHCR Handboek par. 42.

51 De voorbeelden zijn ontleend aan J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990.

52 UNHCR Handboek par. 197, 203, 204; UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, par. 11, 12.

den gehouden dat asielzoekers vaak valide redenen hebben voor het ontbreken van bewijs. Hieruit volgt ten eerste dat het bestuursorgaan en de rechter de plicht hebben om specifiek navraag te doen naar de redenen voor het ontbreken van bewijs. Ten tweede volgt hieruit dat zij vaak zullen moeten concluderen, 'in a spirit of justice and understanding',⁵³ dat er valide redenen zijn voor het ontbreken van bewijs en dat dit ontbreken de asielzoeker daarom niet mag worden tegengeworpen. Het volledig ontbreken van ondersteunend bewijs maakt ook nog niet automatisch dat het verzoek om bescherming geen serieus karakter heeft. Volgens UNHCR zal het zelfs vaak zo zijn dat de beoordelaar uitsluitend zal moeten afgaan op de mondelinge verklaringen van de verzoeker en die verklaringen dan zelf in het licht van de situatie in het land van herkomst op merites zal dienen te beoordelen.⁵⁴ Zoals hierboven reeds gezegd heeft UNHCR in de Zienswijze in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland* (2005) diepe verontrusting uitgesproken over de Nederlandse praktijk om van de asielzoeker te verlangen dat hij zijn identiteit, nationaliteit, reis en vluchtverhaal met bewijs onderbouwt. Deze praktijk houdt volgens UNHCR onvoldoende rekening met de in deze alinea beschreven principes.⁵⁵

- Bewijskansen: hebben beide partijen dezelfde mogelijkheden en kansen om bewijs aan de rechter over te leggen?

De informatie die als basis voor beslissingen is gebruikt dient in gelijke mate toegankelijk te zijn voor de asielzoeker en zijn rechtsbijstandverlener. Verder moet deze informatie in beginsel ook altijd ter beschikking worden gesteld aan de rechter. Informatie en bronnen mogen alleen worden achtergehouden als het prijsgeven van bronnen ernstig gevaar zou opleveren voor de nationale veiligheid of voor de veiligheid van organisaties of personen die de informatie hebben verstrekt, en in dat geval dient het geheimhouden van de informatie onder strikte voorwaarden plaats te vinden.⁵⁶

- Rechterlijke inzet van onderzoeksbevoegdheden: gebruikt de rechter ambtshalve onderzoeksbevoegdheden ter aanvulling van het bewijs en zo ja in welke situaties gebeurt dat?

53 UNHCR Handboek par. 202.

54 UNHCR Handboek par. 196, 197, 203; Implementation of the Aliens Act 2000 in the Netherlands, UNHCR's Observations and Recommendations, juli 2003; Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims par. 10, 20, 22; Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par.25-27.

55 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 18-27.

56 Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview of Applicable International Standards, p. 5-6, www.unhcr.org/refworld/docid/432ae9204.html.

UNHCR wijst er in het Handboek op dat het in sommige zaken primair aan de (bestuurlijke of rechterlijke) beoordelaar is om alle middelen die hem ter beschikking staan aan te wenden om bewijs bij te brengen ter ondersteuning van de aanvraag.⁵⁷ Zoals hierboven reeds gezegd, heeft UNHCR bij diverse gelegenheden het standpunt uitgedragen dat de asielrechter in staat moet zijn om te beslissen over feitelijke vragen en rechtsvragen en dat er in beroep bij de rechter een compleet nieuwe beoordeling van feiten en recht plaats dient te vinden.⁵⁸ In samenhang bezien brengen deze twee principes mee dat rechters in staat moeten zijn om, wanneer zij dat nodig achten voor de feitenvaststelling, ambtshalve onderzoeksbevoegdheden in te zetten. Gedacht kan worden aan het inwinnen van informatie van een deskundige of het oproepen van getuigen. De typische situatie waarin een rechter dit op grond van deze principes zou behoren te doen, is die waarin cruciale onderdelen van het asielrelaas niet met bewijs zijn onderbouwd, deze onderdelen worden betwist en de asielzoeker valide redenen heeft gegeven voor het ontbreken van bewijs ter staving van deze onderdelen.

- Termijnen voor de inbreng van verklaringen en bewijs: wanneer moet de asielzoeker zijn vluchtverhaal en ondersteunend bewijs overleggen? Zijn er fatale termijnen na verloop waarvan het niet langer mogelijk is om met verklaringen en bewijs te komen?

⁵⁷ UNHCR Handboek par. 195, 196.

⁵⁸ Dit standpunt is verwoord in de volgende documenten: UNHCR, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, 31 mei 2001, EC/GC/01/12, par. 41 en 43, www.unhcr.org/refworld/docid/3b36f2fca.html; Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani* tegen Nederland, par. 31-42; rapport van juli 2003 Implementation of the Aliens Act 2000 in the Netherlands, UNHCR's Observations and Recommendations, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/410f83f44.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2010]; UNHCR Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures, issued in the context of the preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union from the Luxembourg Administrative Tribunal regarding the interpretation of Article 39, Asylum Procedures Directive, and Articles 6 and 13 ECHR, par. 20 en 21, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bf67fa12.html> [laatstelijk ingezien op 28 april 2011]; Provisional Comments on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status of 10 February 2005, p. 50, www.unhcr.org/refworld/docid/42492b302.html; UNHCR Statement on Fair and Efficient Asylum Procedures: A Non-Exhaustive Overview of Applicable International Standards of 2 September 2005, p. 4, www.unhcr.org/refworld/docid/432ae9204.html; UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing International Protection (COM(2009)554, 21 October 2009), p. 40, 41, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63ebd32.pdf>.

Dit boek gaat over tijd en asiel. Zoals aangekondigd in de inleiding speelt tijd onder meer via termijnen een belangrijke rol in asielzaken. In beginsel moet de asielzoeker al zijn verklaringen en al het beschikbare bewijs zo vroeg als mogelijk inbrengen. UNHCR benadrukt echter dat het niet voldoen aan deze basisregel vele oorzaken kan hebben. De aanvrager is zich bijvoorbeeld niet bewust geweest van het bestaan van het bewijs of hij of zij heeft niet direct de beschikking over het bewijs kunnen krijgen. Om verkeerde beslissingen te voorkomen moet de rechter te allen tijde de mogelijkheid hebben om naar niet eerder ingebracht bewijs te kijken of om, in geval er in de beroepsfase nieuw bewijs wordt overgelegd, de zaak terug te sturen naar het bestuursorgaan. Geen enkel beroep mag ongegrond worden verklaard omdat relevante informatie niet eerder is vermeld of relevante documenten niet eerder zijn ingebracht. Het vanwege het late moment van overleggen terzijde schuiven van bewijs ter staving van het asielrelaas is volgens UNHCR regelrecht in strijd met het Vluchtelingenverdrag en kan leiden tot een schending van het refoulementverbod.⁵⁹

- Moment van risicotaxatie: naar welk moment in de tijd beoordeelt de rechter of er wel of niet een risico op *refoulement* is?

De factor tijd speelt ook bij de vraag naar welk moment in tijd de rechter de voorliggende zaak beoordeelt: naar het moment van de afwijzende beslissing die voorligt of naar het moment van beoordeling door de rechter. UNHCR onderstreept de noodzaak van het maken van een risicotaxatie op het moment van beslissen op het beroep door de rechter. In andere woorden, UNHCR staat een *ex nunc* beoordeling voor.⁶⁰

4.2 Interpretatie van artikel 16 met behulp van artikel 6 EVRM en artikel 47 EU Handvest van de grondrechten

In het internationale recht inzake de mensenrechten is de verwijzing naar vergelijkbare of soortgelijke bepalingen, inclusief de bijbehorende rechtspraak, in

59 Zienswijze UNHCR in de zaak van *Mir Isfahani tegen Nederland*, par. 41.

60 J.A. Hoeksma, *De menselijke maat, zienswijzen in asielzaken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 49; UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection (COM(2009)554, 21 October 2009), p. 40, 41, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c63ebd32.pdf>. Zie ook C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 552-553.

een ander verdrag een veel gebruikt instrument van interpretatie.⁶¹ Hierboven noemde ik reeds het Europees Vestigingsverdrag (1955) dat in de artikelen 7, 8 en 9 met artikel 16 vergelijkbare regels over toegang tot de rechter bevat.⁶² Bij de interpretatie van artikel 16 Vluchtelingenverdrag kan ook veilig aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak van het EHRM over het uit artikel 6, eerste lid, EVRM (het recht op een eerlijk proces) voortvloeiende vereiste van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter.⁶³ De rechtspraak onder artikel 6 EVRM bepaalt tevens voor een groot deel de inhoud van artikel 47, tweede onderdeel, van het EU Handvest van de grondrechten. Artikel 47, tweede onderdeel, van het EU Handvest is namelijk geïnspireerd door artikel 6, eerste lid, EVRM. Dit volgt uit zowel rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU⁶⁴ als ook uit artikel 52, derde lid, Handvest, dat luidt dat voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en de reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend, en dat deze bepaling niet verhindert dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt. De Toelichting bij het EU Handvest van de Grondrechten⁶⁵ maakt expliciet duidelijk dat in het EU recht het recht op een eerlijk proces niet beperkt is tot civiele en strafrechtelijke geschillen maar van toepassing is op alle zaken die onder het EU recht vallen. Sinds het Verdrag van Amsterdam valt asiel binnen de bevoegdheden van de EU. Uit artikel 51, eerste lid, van het Handvest⁶⁶

61 A. Orakhelashvili, 'Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *EJIL* 2003, p. 529-568; C.W. Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement, a Legal Analysis Of The Prohibitions On Refoulement Contained In The Refugee Convention, The European Convention On Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights And The Convention Against Torture*, Antwerpen: Intersentia Portland 2009, p. 12-13.

62 Grahl-Madsen noemt deze bepalingen eveneens. Zie A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33-35.

63 Ook Grahl-Madsen wijst bij zijn bespreking van artikel 16 op artikel 6 EVRM: zie A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden: A.W. Sijthoff 1966-1972, eerste deel, p. 33.

64 Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van de EU *Unibet*, 13 maart 2007, C-432/05, par. 37, *Kadi & Al Barakaat International Foundation*, 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P., par. 335.

65 De Toelichting bij het Handvest van de Grondrechten is bedoeld als een verduidelijking op de bepalingen daarin en is te vinden op: <http://www.europa-nu.nl>, de Engelse tekst op <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473en.pdf>.

66 Artikel 51, eerste lid, EU Handvest van de grondrechten luidt: 'De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.'

volgt dat het Handvest, en dus ook artikel 47, steeds van toepassing is als de lidstaten het Unierecht toepassen en dat is bij beslissingen in asielzaken het geval. Nu alle principes die het EHRM heeft ontwikkeld onder artikel 6, eerste lid, EVRM tevens onderdeel uitmaken van het recht op een eerlijk proces vervat in artikel 47 Handvest is iedere verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op migratiezaken⁶⁷ (en de artikel 6-principes dus niet relevant zijn voor asielzaken) achterhaald.

In het kader van het vereiste van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft het EHRM in zaken betreffende bestuursrechtelijke kwesties de doctrine ontwikkeld van de 'sufficiency of jurisdiction of national courts'.⁶⁸ 'Sufficiency of jurisdiction' brengt met zich mee dat de nationale rechtbank normaliter bevoegd dient te zijn om 'alle feitelijke vragen en rechtsvragen te beoordelen die relevant zijn voor het aanhangige geschil'.⁶⁹ Dit omvat de bevoegdheid om een onafhankelijke beoordeling te maken van de geloofwaardigheid van verklaringen afgelegd door de verzoeker⁷⁰ en om onderzoeksbevoegdheden aan te wenden in geval partijen twisten over de feitelijke basis van de bestuurlijke beslissing.⁷¹ Het vereiste van 'full jurisdiction' is de hoofdregel; het EHRM heeft slechts in een beperkt aantal zaken, die met name gingen over ruimtelijke ordening, geaccepteerd dat de nationale rechter een beperktere jurisdictie had.⁷²

67 Het EHRM oordeelde aldus voor het eerst in *Maaouia v. France*, 5 oktober 2000, Appl. no. 39652/98; dit oordeel is daarna herhaald in een aantal arresten, bijvoorbeeld *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, 4 februari 2005, Appl. nos. 46827/99 en 46951/99.

68 Deze doctrine heeft zich stapsgewijs in een reeks van opeenvolgende arresten uitgekristalliseerd. Ik noem hier de meest bekende arresten: *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10 februari 1983, Appl. nos. 7299/75 en 7496/76; *W. v. the UK*, 8 juli 1987, Appl. no. 9749/82; *Zumtobel v. Austria*, 21 september 1993, Appl. no. 12235/86; *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, 28 november 1996, Appl. no. 49/1995/555/64; *Koskinas v. Greece*, 20 juni 2002, Appl. no. 47760/99; *Veeber v. Estonia*, 8 november 2002, Appl. no. 37571/97; *Chevrol v. France*, 13 februari 2003, Appl. no. 49636/99; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, 24 november 2005, Appl. no. 49429/99; *Tsfayo v. the UK*, 14 november 2006, Appl. no. 60860/00.

69 Zie bijvoorbeeld *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands*, par. 46.

70 *Tsfayo v. the UK*, par. 46.

71 *Koskinas v. Greece*, par. 29, 30; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, par. 99-108, 112-114.

72 Voorbeelden van zaken waarin het EHRM een beperkte vorm van jurisdictie van de nationale rechter heeft geaccepteerd, zijn *Zumtobel v. Austria*, 21 september 1993, Appl. no. 12235/86, *Bryan v. the UK*, 25 oktober 1995, Appl. no. 44/1994/491/573; *Chapman v. the UK*, 18 januari 2001, Appl. no. 27238/95; *Jane Smith v. the UK*, 18 januari 2001, Appl. no. 25154/94; *Kingsley v. the UK*, 28 mei 2002, Appl. no. 35605/97. In het merendeel van de gevallen betrof het kwesties van ruimtelijke ordening. In die zaken accepteerde het EHRM een beperkte jurisdictie om de volgende redenen, in samenhang gezien: (1) de aard van de zaak: de zaak behoorde tot het klassieke bestuurlijke domein met de daarbij behorende beleidsvrijheid, (2) de strikte waarborgen waarmee

→

Artikel 47, tweede onderdeel, van het EU Handvest van de grondrechten is tevens de codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over het beginsel van effectieve rechterlijke rechtsbescherming.⁷³ In zaken waarin het ging om beknutting van het fundamentele recht van vrij verkeer van Unieburgers en derdelander-familieleden van Unieburgers, alsmede in zaken van Turken die rechten genoten op grond van Besluit 1/80 en/of op grond van de Associatieovereenkomst tussen de EU en Turkije heeft het Hof van Justitie van de EU duidelijk gemaakt dat dit beginsel vergt dat nationale rechters een volle en *ex nunc* beoordeling verrichten van de feiten, het recht en de proportionaliteit.⁷⁴ Er zijn goede argumenten om aan te nemen dat deze lijn ook in asielzaken zal worden gevolgd. Ten eerste omdat hij sterk overeenkomt met de door het EHRM onder artikel 6 EVRM ontwikkelde, hierboven besproken, lijn van 'full jurisdiction'. Ten tweede is het recht op asiel in het EU recht een fundamenteel recht, net als het recht op vrij verkeer van EU burgers.⁷⁵ Ten derde laat artikel 31, derde lid, van Richtlijn 2004/38/EG zien dat het in de jurisprudentie (zie noot 71) voor Unieburgers en derdelander-familieleden ontwikkelde criterium van volle en *ex nunc* beoordeling van feiten, recht en proportionaliteit inmiddels is gecodificeerd.⁷⁶ Interessant is dat in het voorstel voor wijziging van de Procedurerichtlijn 2005/85/EG een vergelijkbaar criterium is opgenomen.⁷⁷

de bestuurlijke procedure was omkleed, 3) het feit dat er ondanks beperkingen nog wel jurisdictie van betekenis was, en 4) het specifieke karakter van het voorliggende geschil, waarbij er niet tot nauwelijks gedebatteerd werd over de feiten.

- 73 Zie bijvoorbeeld *Unibet*, 13 maart 2007, C-432/05, par. 37, *Kadi & Al Barakaat International Foundation*, 3 september 2008, C-402/05 P and C-415/05 P., par. 335.
- 74 Het vereiste van volle en *ex nunc* jurisdictie aangaande feiten, recht en proportionaliteit is gaandeweg ontwikkeld in de jurisprudentie. Ik verwijs naar de volgende arresten: *Regina v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Santillo*, 22 mei 1980, C-131/79, par. 12; *Adoui en Cornuaille*, 18 mei 1982, C-115 en 116/81, par. 15; *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gallagher*, 30 november 1995, C-175/94, par. 17; *Shingara en Radiom*, 17 juni 1997, C-65 en C-111/95, paras. 33-37, *Graham J. Wilson v. the Luxembourg Bar Council*, 19 september 2006, C-506/04, par. 60, *Olazabal*, 26 november 2002, C-100/01, par. 43, 44, *Orfanopoulos en Oliveiri*, 29 april 2004, C-482/01 en C-493/01, par. 72-82, *MRAX v. the Belgian State*, 25 juli 2002, C-459/99, par. 102, *Cetinkaya*, 11 november 2004, C-467/02, par. 64, *Dörr en Unal*, 2 juni 2005, C-136/03, par. 47, 67.
- 75 Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in het arrest *Abdulla* (2010), C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08, dat in asielzaken 'the integrity of human beings and individual freedoms, matters belonging to the fundamental values of the Union, are at stake' (par. 90).
- 76 Dit artikel bepaalt dat 'De rechtsmiddelen voorzien in de mogelijkheid van onderzoek van de wettigheid van het besluit, alsmede van de feiten en omstandigheden die de voorgenomen maatregel rechtvaardigen. Zij garanderen tevens dat het besluit niet onevenredig is, met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.'
- 77 De tekst van het voorgestelde artikel 41, derde lid, luidt: 'Member States shall ensure that the effective remedy referred to in paragraph 1 provides for a full examination of

5. Tot slot

Terug naar tijd en bewijs. In deze bijdrage heb ik geprobeerd te laten zien dat artikel 16 Vluchtelingenverdrag meer is dan alleen een verbod op strengere ontvankelijkheidseisen. Wanneer we artikel 16 interpreteren met behulp van de in de loop van de tijd door UNHCR ingenomen standpunten over bewijs en rechterlijke beoordeling van asielzaken, alsmede met behulp van EHRM-rechtspraak onder artikel 6 EVRM en rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over het beginsel van effectieve rechtsbescherming door de rechter, dan kunnen uit artikel 16 concrete bewijsregels worden afgeleid. Dat de standpunten van UNHCR niet bindend zijn doet er niet aan af dat UNHCR de verdrags-toezichthouder is en dat alleen al daarom haar standpunten zeer gezaghebbend zijn en in beginsel nageleefd moeten worden, op grond van het *pacta sunt servanda* beginsel neergelegd in artikel 26 Weens Verdragenverdrag. De nationale rechter zal UNHCR standpunten dan ook normaliter dienen te volgen, op grond van ditzelfde beginsel. In ieder geval zal de nationale rechter een afwijking van UNHCR standpunten expliciet en deugdelijk moeten motiveren. In deze bijdrage heb ik ook getracht duidelijk te maken dat de nationale Nederlandse jurisprudentiële praktijk wat een aantal bewijsaspecten betreft op gespannen voet staat met de standpunten van UNHCR. Met name de aspecten geloofwaardigheidsbeoordeling, rechterlijke beoordeling van de geloofwaardigheid en hoeveelheid benodigd bewijs springen als afwijkend in het oog. UNHCR vereist dat de nationale rechter een veel grotere zelfstandigheid en beoordelingsintensiteit heeft dan op grond van de huidige jurisprudentie het geval is bij de nationale Nederlandse rechter. Bij het aspect hoeveelheid benodigd bewijs springt in het oog dat de nationale praktijk ver verwijderd is geraakt van het uitgangspunt van UNHCR dat asielzoekers dikwijls het voordeel van de twijfel zullen moeten krijgen. Dit geldt evenzeer voor het uitgangspunt dat het onmogelijk is om gebeurtenissen die in de toekomst mogelijk zullen plaatsvinden te bewijzen.

Dit alles geeft mijns inziens aanleiding tot bezinning. Die is eens te meer nodig nu de standpunten van UNHCR over de zelfstandigheid en intensiteit waarmee de nationale asielrechter zaken dient te beoordelen dicht aanliggen tegen de – weliswaar buiten de asielcontext ontwikkelde – visie van het EHRM en het Hof van Justitie van de EU over de beoordeling van zaken door de nationale rechter.

both facts and points of law, including an *ex nunc* examination of the international protection needs (...), at least in appeal procedures before a court or tribunal of first instance.'; zie COM 2009 (554), te vinden op <http://eur-lex>.